社会基准法的本质、特征及其实施机制

余 少 祥

(中国社会科学院 社会发展战略研究院,北京 100732)

摘　要: 社会基准法是社会法的核心机制,是国家运用公法的法定和强制手段,对所有权、契约自由、意思自治等传统私法权利予以适当限制,直接由法律规定以往由各方约定的部分内容,使弱者的权利从私有部门转移到公共部门,以实现这部分权利的法定化和基准化。其主要特征是,不排除私法任意性规范的作用,以义务规范体现权利,向社会弱者适度倾斜。社会基准法的实施需要国家积极作为,在法律责任上实行赔偿与惩罚相结合的制度,而且诉讼和赔偿受到一定限制。

关键词: 社会基准;本质;特征;实施机制

中图分类号:D 90-052　　**文献标识码:**A　　**文章编号:**1000-5919(2019)03-0136-10

根据罗马法传统,公法的规范"不得由个人之间协议而变更",私法的原则"协议就是法律"。①也就是说,公法是命令性和强制性的,只能无条件服从和执行,而私法以意思自治和等价有偿为特征,任何强制和暴力威胁都是违法。因此,公法普遍遵循法定原则,如罪行法定、依法行政等,私法遵循约定原则,如契约自由、平等协商等。作为公、私法之间第三法域的部门法,社会法有一个核心机制即"基准法"规制,具体就是:运用公法的法定和强制手段,明确处于相对弱势一方主体的基本权利,严格相对强势一方主体的基本义务。当事人对于基准法只能遵从,不能放弃也不能协议变更,但在基准法之外的权利和义务仍由当事人约定。也就是说,它既不同于行政法,完全依靠强行性规范推行法治,也不同于民法,完全依靠任意性规范实行自由交易。

一、社会基准法的产生及其本质

(一)私法调整的缺陷与不足

私法是市民社会和市场经济的法律。由于市场经济是"自律性地展开的,国家的任务仅仅在于排除对这种秩序的干扰,而对所有自治性领域,国家则不应该加以干涉"。②亚当·斯密将之诠释为"最小"意义的国家,认为国家在自由放任的市场体制中只是充当"守夜人"的角色,③不应该也无权干涉个人权利和自由。康德对市场经济的法律制度也做了概括和总结,他说:"人最适合于服从他给自己规定的法律——或者是给他单独规定的,或者是给他与别人共同规定的法律。"④也就是说,在市场经济条件下,处于平等地位的经济人,按照自己的判断,以主体地位平等、机会均等为基础,自主地参与市场竞争,是最高的"善"和市民社会的最高准则。近代自然法学兴起以后,

---

收稿日期:2019-02-10

作者简介:余少祥,男,安徽宿松人,中国社会科学院社会发展战略研究院副研究员。

基金项目:国家社科基金重点课题"社会法总论重大理论问题研究"(项目编号:14AFX024)。

① 江平:《罗马法精神在中国的复兴》,杨振山主编:《罗马法——中国法与民法法典化》,北京:中国政法大学出版社 1995 年版,第 3—4 页。

② 大须贺明:《生存权论》,林浩译,北京:法律出版社 2001 年版,第 12 页。

③ 亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(下),郭大力等译,北京:商务印书馆 1974 年版,第 252—253 页。

④ 康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,北京:商务印书馆 1991 年版,第 26 页。

个人权利和自由被进一步强化,资产阶级国家普遍提出了“所有权神圣不可侵犯”和“绝对财产权”的口号,主流法律思想普遍认为,所有权“绝对无限制”,尤其是对土地所有权的效力作出了“上达九天,下达地心”的极端解释,①使得很多社会矛盾和问题不断加剧。

事实上,私法和市场经济有一个天然缺陷,就是必定导致弱肉强食和优胜劣汰。比如,在劳动与资本平等交易的背后是资本对劳动的强制性支配,结果一方面是财富的积累,另一方面则是贫困的积累。而且,穷人和富人在人力资本上的积累也出现越来越大的差距,形成穷者越穷,富者越富的“马太效应”。因此,契约自由常使“经济上的强者利用契约为欺压弱者的工具”,或产生“影响社会公序良俗的事情”,②但是,私法对这一切是无能为力的。民法上的所有权自由、契约自由和过失责任三大原则是奠基于近代市民法将“人”抽象地把握在自由平等的法人格基础上,而具体社会生活中的“人”是不可能真正平等的。比如,在自由资本主义早期,雇佣劳动关系被视为纯粹的私法关系,国家基本上采取不干预态度。后来,人们逐渐认识到,尽管法律规定雇佣关系双方地位平等,但由于双方经济地位和实力悬殊,对于弱势劳动者来说,不可能有真正意义的平等。在自由原则下订立的雇佣合同不但不能使劳动者的生存状况有所改观,反而越来越糟糕。③ 这时,以“意思自治”和“契约自由”为基础的自由权便“以保障形式上的平等为后盾,压倒性地有利于有产者而不利于无产者,使两者之间的不平等和差距极大地扩大开来了”。④

19 世纪中期以后,由于自由放任的市场经济造成了种种弊端,导致各类社会矛盾空前激化,经济危机日益频繁和深重,人民生活痛苦不堪。因此,“权利绝对的思想开始引起社会各界反思,法权观念也逐渐发生变化”,⑤人们开始呼吁对个人权利的限制,实现法律利益从个人本位向社会本位转变。

(二)社会基准法的产生

追根溯源,在古罗马时期就已出现限制权力滥用的思想,认为“极端的权利”是“最大的非正义”,⑥但这种思想一直不居于主流和支配地位。在资本主义早期,一些自由主义思想家也看到了,市场机制除了具有很多优点以外,也存在某些内在缺陷,如穆勒认为,“不干预原则在一些情况下不一定适用,或不一定普遍适用”,“有时政府干预对实现当事人的一些愿望是必不可少的”。⑦我国很多学者对古典自由主义者倡导的“自由放任”思想一直有一种误解。其实,正如哈耶克所说,古典学派所反对的政府干预仅指一般法律所旨在保护的私人事务或领域,并不意味着政府不能关注或考虑经济问题。⑧

现代新自由主义者也不是完全排斥国家干预的作用,他们反对的是国家不适当的干预。哈耶克明确指出:“一个功效显著的市场经济,乃是以国家采取某些行动为前提的;有一些政府行动对于增进市场经济的作用而言,极有助益。”⑨布坎南说:“我认为,无论怎么声称经济人或者说一个为自身考虑的人的存在是不能够解决所有问题的。我们不否认还有很多促动因素。”⑩这里所谓

---

① 郑玉波:《民法总则》,台北:三民书局 1979 年版,第 406 页。
② 刁荣华主编:《法律之演进形式》,台北:汉林出版社 1977 年版,第 122 页。
③ H. M. B., “Legislative Power to Restrict Freedom of Labor Contracts”, *Michigan Law Review*, Vol. 13, No. 6 (Apr., 1915), pp. 497—500.
④ 大须贺明:《生存权论》,林浩译,第 34 页。
⑤ 梁慧星:《民法》,成都:四川人民出版社 1988 年版,第 322 页。
⑥ 雅克·盖斯等:《法国民法总论》,陈鹏等译,北京:法律出版社 2004 年版,第 701 页。
⑦ 约翰·穆勒:《政治经济学原理》(下),胡企林等译,北京:商务印书馆 1991 年版,第 372 页。
⑧ 哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,北京:三联书店 1997 年版,第 280 页。
⑨ 哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,第 281 页。
⑩ 詹姆斯·M·布坎南:《政府重心应放在整体框架结构上》,经济消息报社编:《诺贝尔经济学奖得主专访录——评说中国经济和经济学发展》,北京:中国计划出版社 1995 年版,第 107 页。

"促动因素"就是国家对经济的干预作用。凯恩斯从三大心理规律的作用出发,提出有效需求不足理论,论证了必须"让国家之权威与私人之策动力量互相合作"的结论,①即为了消除自由经济的固有缺陷,保障经济持续、协调发展,国家权力必须介入经济和社会生活领域,进行调节和干预。新保守主义者甚至认为,严格的自愿交换实际上是不可能的,"对于社会来说,不论是作为一种理论还是在现实生活中,都不存在纯粹的……市场经济",市场经济必须借助国家的力量才能运行,因为"在某些事情上,市场是无能为力的。市场不能提供国防"②,这些都使国家干预具有必要性。

国家干预最直接的表现形式是社会立法。比如,针对资本家和工人强弱势地位不同,通过国家立法建立一个全新的制度来解决劳动风险问题,最低工资标准和最低劳动条件法案应运而生;③针对老弱病残、失业人士不能通过自由竞争从市场上获得必要的生活资源,最低生活保障法应运而生,这就是社会基准法。其特点是,在立法中重新导入"身份"因素,以基准法的形式为弱势主体提供特殊保护和帮助,对相对强势一方课以法定义务,以校正契约自由在两者之间造成的偏差,维护社会实质正义和公平。社会基准法产生的深刻的法理基础是生存权保障,这是人的全面发展和社会进步的必然要求。

20 世纪以后,作为私法核心的意思自治原则受到了更多限制:就私法的范围和内容来说,在有些领域(如土地法),公法对私法的渗透已经很深入;在其他一些领域则变成了私法与公法的混杂物(如劳动法和经济法)"。④ 正是公、私法的这种混合性质导致了第三法域各部门法的诞生。以社会法为例,一直存在着一种不可动摇的趋势,就是"对所有人随心所欲处分其财产的自由,加强法律上的限制",⑤以限制自由竞争,矫正和弥补私法与市场机制的不足,实现人作为人的有尊严的、最低限度的生活。因此,以社会基准法为核心,铸就了全新的社会法体系,既有公法手段又不完全同于公法,既有私法手段也不完全同于私法。也就是说,国家干预社会领域的结果,使得以"社会基准法"为核心和标志的社会法最终形成。社会基准法作为一种强行法,不同于私法机制,也有别于公法机制。如劳动法中的最低工资标准是一种基准法,由国家强制推行,在最低工资标准之上则由劳资双方协商。社会保险法中也有一种基准法,规定雇工和雇主必须按照最低缴费标准和缴费率进入社会保险系统,给付的保险待遇有最低标准,⑥但在最低标准之上可以多缴,保险待遇也可以提高,这是世界各国推行社会保险法律制度所遵循的基本原则。

(三)社会基准法的本质

基准法是第三法域特有的法律现象,如劳动基准法、最低生活保障法、环境基准法、产品质量法、义务教育法等。其共同特征是,从维护社会弱者或公共利益出发,划定规制对象如雇主与雇工、企业与公众、经营者与消费者、教育者与受教育者等在进行社会活动时必须遵循的最低限度的标准,以维护弱势主体的利益或公共利益。比如,1973 年,欧洲议会通过《消费者保护宪章》,确认欧洲消费者最低限度的权利,⑦即是一种基准法机制。再如,在卫生法中,医院是不能强迫患者诊疗的。但国家基于对国民生命和健康的保护,也规定了对部分患者的强制诊疗措施,如《传染病防治法》规定,医生对甲类传染病或疑似病人必须实行强制治疗和强制隔离,这也是一种基准法

① 凯恩斯:《就业、利息和货币通论》,徐毓枬译,北京:商务印书馆 1963 年版,第 321 页。
② 傅殷才:《新保守主义经济学》,北京:中国经济出版社 1994 年版,第 43 页。
③ Clara E. Mortenson, "Minimum Wage", *Monthly Labor Review*, Vol. 10, No. 3 (March, 1920), pp. 132-137.
④ 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,北京:法律出版社 2001 年版,第 146 页。
⑤ 罗伯特·霍恩:《德国民商法导论》,楚建译,北京:中国大百科全书出版社 1996 年版,第 189 页。
⑥ John B. Andrews, "Social Insurance", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 69, The Present Labor Situation. Compulsory Investigation and Arbitration (Jan., 1917), pp. 42-49.
⑦ Ursula Wassemann, "Council Europe Consumer Protection", *Joumal of World Trade Law*, Winter, 1973, p112.

机制。

所谓社会基准法,就是“将社会弱者的利益,抽象提升到社会宏观层面,以法律的普遍意志代替弱者的个别意志,从而实现对其利益的特殊保护”。① 其实施路径是,国家通过创制单行法律、法规、规章等,对所有权、契约自由、意思自治等传统私法权利予以适当限制,直接由法律规定以往由各方约定的部分内容,使弱者的权利从私有部门转移到公共部门,实现这部分权利的法定化和基准化。如国家规定最低工资制度、最低劳动条件、最低生活保障制度等,都是法定基准,不能通过当事人的“自由契约”加以改变。② 对各方而言,基准部分是法律确保的领域,是国家和社会的责任,是刚性和法定的,目的是满足社会弱者基本的生存需求。

在本质上,社会基准法是根据社会主体强弱关系的特点制定的,是社会弱者利益的保障线,即一个国民如果缺乏这一保障,就保证不了基本的生存条件。其法理基础不是民法的平等协商和等价有偿原则,而是社会法的限制所有权原则和社会和谐。也就是说,通过基准法“限制某种利己主义的表达不再被认为是自然的和有德的,而是被当成一种由统治权力强加于个人的必要”,而且“用和谐观念来看人权,就不能再从抽象个人的绝对权利出发来构设权利义务关系”。③ 由此,社会基准法克服了弱者交易能力差、其利益常被民法“意思自治”方式剥夺的局限,可以节约大量个体交易成本和社会司法成本,在一定程度上改变强弱主体的力量不均衡状态,有利于保护弱势一方主体的权利。

从形式上看,基准法具有法定性和强制性,任何团体或个人契约都不能与之相违背或通过协议加以改变,各方契约没有约定的事项,也自动受到基准法的规范和约束。从内容上看,基准部分的规定是没有差别的,体现的是无差别公平和“底线公平”。但是,在基准之外有一定差别,甚至有很大差别,这正是社会法与其他法律部门最显著的不同。这是因为,社会法通过基准法机制限制了当事人完全意思自治,同时又为各方主体保留了约定自由的空间,即在基准法之外仍按“契约自由”原则,由市场和社会进行调节。④ 也就是说,对于基准法之外的权利,个人和团体契约仍可继续发挥作用,只要不违反基准法规定,国家并不干预。比如,工伤救济基准有水平低、对不同情况不加区分等不足,但当事人在获得基本工伤补偿后,还可以基于约定或根据其他法律寻求赔偿,如民事侵权救济等。因此,工伤保险法具有典型的社会法特征。

二、社会基准法的特征

(一)与私法任意性规范共同作用

在社会法中,基准法是强行性规范,是国家“对被认为有害于社会而不合人意的一定事件,特别是这类行为以强制性行为的方式做出反应”⑤,如最低工资标准、社会保险费的征收范围等,当事人不能协议变更。但是,社会法的基准法机制不能独立实施,必须与私法规范共同发挥作用,二者与社会法的关系可以表述为:社会法=基准法规范+私法任意性规范。以劳动法为例,劳动基准法要求对当事人的某些实体权利予以限制或禁止,而其私法属性又要求给予当事人对其实体权利的自由处分权,因此“在许多方面已经超越了私法与公法的界限”。⑥

如前所述,在资本主义早期,法律制度充斥着大量的任意性规范,其流弊常常使经济上的强者利用契约作为欺压弱者的工具,或以契约自由为

① 余少祥:《经济民主的政治经济学意涵:理论框架与实践展开》,《政治学研究》2013 年第 5 期,第 55—63 页。

② Nathan Isaacs, “The Standardizing of Contracts”, *The Yale Law Journal*, Vol. 27, No. 1 (Nov., 1917), pp. 34—48.

③ 夏勇:《中国民权哲学》,北京:三联书店 2004 年版,第 163 页。

④ “Review: Liberty of Contract and Social Legislation”, *Columbia Law Review*, Vol. 17, No. 6 (Jun., 1917), pp. 538—542.

⑤ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, *Bereley &Los Angoles*, University of Califounia Press, 1967, p33.

⑥ 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,第 18 页。

掩护做一些影响社会公序良俗的事情,使“立法者所想象之契约自由,变为经济强者命令之自由”,①自由放任“被催化为一种毫不妥协的残暴行为的动力”②。比如,劳动合同名义上是依劳资双方合意而为之,由于双方强弱地位相差很大,根据“意思自治”原则常常导致工人不得不接受资本家很多苛刻的条件,包括工资数量等。以社会基准法为核心的立法运动,是自由资本主义危及一部分社会成员生存,可能危害社会整体利益时,国家为应对资本主义的危机采取的一种改良策略,因此连“最纯正的自由主义者”也支持“反自由放任的社会法”。③ 其基本立场是,运用社会基准法,将一部分个体利益提升为社会利益,对陷于生存危机的弱势社会成员给予基本生存保障,以实现分配公平正义等社会目标。

因此,社会基准法不同于民事法律规范,也不同于行政法律规范。民法及任意性规范的目的在于确认和保护私人权利,私领域的问题被认为是法律强制的范围之外。④ 在社会法中,国家介入私人领域不仅是合法的,而且是必需的。其调整法则是,基准法规范优于任意性规范,法定限制约定。同时,社会基准法与行政法规有很大的不同。(1)前者不排除私法合意和任意性规范的作用,仅仅是禁止低于法定标准的内容,有别于后者完全排除私法合意。⑤ (2)违反行政法的强制性规范必然无效,而违反社会基准法规范不必然无效,如违反劳动基准法时,如果对劳工不利,当然无效,但有利于劳工时仍然有效。⑥ 因此,社会基准法有时又被称为“相对强制性规范”。⑦ (3)行政法奉行不同的法治理念,其作用不限于保护私权,而主要关注国家行为在实现公共利益上的作用,⑧其宗旨和目的是为了配置或制约公共权力。(4)社会基准法实施不单纯依赖于国家力量的强制,而是有国家强制、团体自治和个人自治等多种形式,不像行政法规单纯依靠国家强制。因此,社会法既不属于公法领域的“特别行政法”,⑨也不属于私法领域的“特殊民法”。⑩

社会法与民法的共同点是,都尊重契约自由和市场调节的作用,但前者通过社会基准法对契约自由和市场调节有所限制,后者完全由当事人“意思自治”,任何外部干预均被视为侵权。而且,团体协约也划定了社会法与民法的边界。民法或者说市民法不理解“什么是劳动者的联合,通过这种联合,单个劳动者这种弱势群体寻求与企业主达成力量均衡”,它“所看到的只有单个的签约人和单个的雇佣合同”,⑪社会法遵从法定优先和团体优先原则,之后才是契约自由和市场调节。董保华将社会法的调整模式分为三个层次,第一个是宏观层次即社会基准法,第二个是中观层次即团体契约,第三个是微观层次即个人契约,认为在基准与契约之间实行“法定优先”原则,在团体契约与个体契约之间实行“团体优先”原则。⑫ 尽管其将社会法定位为法域是错误的,这种划分则不无道理。

(二)以义务规范体现权利

根据传统民法观念,权利和义务是一致的,没有权利就没有义务,没有义务就没有权利。黑格

① 刘德宽:《民法诸问题与新展望》,台北:三民书局1980年版,第160页。
② 卡尔·波兰尼:《大转型:我们时代的政治与经济起源》,冯刚等译,杭州:浙江人民出版社2007年版,第118页。
③ 卡尔·波兰尼:《大转型:我们时代的政治与经济起源》,冯刚等译,第128页。
④ See for instance Case 184/83 Hofmann [1984] ECR3047; see also N.Rose, Beyond the Public/Private Division: Law, Power and Family, Journal of Law and Socienty, 1987, (14).61.
⑤ 许明月主编:《劳动法学》,重庆:重庆大学出版社2003年版,第25页。
⑥ 黄越钦:《劳动法论》,台北:国立政治大学劳工研究所1993年版,第13—14页。
⑦ 董保华:《社会基准法与相对强制性规范——对第三法域的探索》,《法学》2001年第4期,第20—24页。
⑧ 约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东等译,北京:知识出版社1984年版,第108—109页。
⑨ 谢荣堂:《社会法入门》,台北:元照出版公司2001年版,第18页。
⑩ 苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,北京:中国政法大学出版社2002年版,第9页。
⑪ 拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国莹译,北京:中国法制出版社2001年版,第150页。
⑫ 董保华等:《社会法——对第三法域的探索》,《华东政法学院学报》1999年第1期,第30—37页。

尔说:“一个人负有多少义务,就享有多少权利;他享有多少权利,也就负有多少义务。”①奥斯丁认为,“‘权利’与‘相对义务’二词是相互关联的表示。它们标志着从不同方面出发加以考虑的相同的观念”。② 社会基准法突破了这一理念,其主体享有权利不必然以承担义务为前提,而且权利和义务也是不对等的。其中,最突出的特点是“以义务规范体现权利”,即将弱势一方主体的权利体现为强势一方主体的义务,或者体现为国家和社会的义务。比如,在劳动法中将劳工获得最低工资、最低劳动条件、休息休假的权利规定为雇主的义务,在社会保障法中将弱势主体获得社会救助、最低生活保障的权利规定为国家义务。因此,社会弱者某些权利的实现,不以其履行相应义务为前提,而是以强势一方主体或国家和社会履行义务为前提。③ 由于这些权利是以义务的形式体现的,而义务是不能放弃的,这就导致了这部分权利的不可处分性。例如,劳动法规定的基准劳动条件、参加社会保险等权利,劳动者不能选择放弃;按法定标准接受加班工资是劳动者的权利,亦是其义务,也不能放弃,否则就是私约加班待遇和条件,破坏劳动基准法的实施。④

社会基准法为什么用义务性规范体现权利?因为义务性规范具有强制性,其所确定的权利具有绝对肯定形式,“是通过对我们做一定行为的必要的抑制来实现的”。⑤ 在实践中,义务性规范有两种类型,一种是不作为义务,一种是必为性义务。罗尔斯将之称为“否定性义务”和“肯定性义务”,认为前者是不损害或伤害他人的义务,后者是相互援助的义务,即“要为另一个人做某种好事的义务”。⑥ 从民法上看,私主体之间的地位是平等的,但由于主体的天赋、机遇、社会地位等不同,力量悬殊、信息不对称现象大量存在,强者的自由必定会构成对弱者自由的限制,即私人对私人的强制。社会基准法以义务性规范体现权利,就是要用国家的强制阻却民间的私人强制,以实现社会实质正义。

实际上,个人权利的实现常常有赖于他人作为。狄骥说:“人们相互有连带关系”,“他们有不同的才能和需要,只有通过相互服务才能使自己的得到满足”。⑦ 德国学者祁克在《德意志私法论》第1卷中对此也作了精辟阐述。他说:“人作为个人在其是一种独立的存在体的同时,也是构成社会的成员”,“个人法是从主体的自由出发,规律个人相互平等对立的关系的法律;社会法将人视为拥有社会意志的成员,将人视为整体的一分子”。⑧ 而且,限制财产权理论也为以义务规范体现权利提供了理论支撑。德国基本法(1949)第14条明确规定:“所有权负有义务,其行使应同时有利于公共福祉。”此外,义务中同样包含着利益。社会基准法将弱势主体的一部分权利规定为义务,是因为义务所体现的“应当”与权利所体现的“正当”相比,具有更直接、更强烈的保护意义,“如果不是用这样的方式,而将这部分利益规定为权利,最终将导致这部分权利落空”。⑨

(三)向社会弱者适度倾斜

众所周知,民法中的人都是抽象的人,撇开了人的任何差别,它“不知晓农民、手工业者、制造业者、企业家、劳动者等之间的差别”,⑩认为所有

① 黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,北京:商务印书馆1962年版,第652页。
② 凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,北京:中国大百科全书出版社1996年版,第87页。
③ 拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,北京:中国大百科全书出版社1997年版,第62页。
④ 社会法上的权利人有时候也是义务人,即权利与义务“竞合”。比如,劳动、退休、参加社会保险等既是一种权利,也是一种义务。因此,社会法上的利益既“可以分配在权利上,也可以分配在义务上”。参阅董保华等:《社会法原论》,北京:中国政法大学出版社2001年版,第201页。
⑤ S.Pufendorf, *On the Duty of Man and Citizen*, Cambridge University Press,1991,p27.
⑥ 罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,北京:中国社会科学出版社1988年版,第114页。
⑦ 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京:北京大学出版社1992年版,第252页。
⑧ 石田文次郎:《祁克》,日本:三省堂1935年版,第77页。
⑨ 董保华等:《社会法原论》,北京:中国政法大学出版社2001年版,第201页。
⑩ 拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,第66页。

的人都是平等的,有理性的,具有完全平等的法律“人格”,享有相同的权利义务。① 社会法中的人是具体的,它调整的是表面平等而实质不平等的社会关系,并以某种不平等的方式实现主体之间的实质平等。因此,并非所有的具体的人都是社会法的主体,只有形式平等而实质不平等、有差异的人才是社会法的主体。

所谓倾斜立法,是以强弱标准来衡量法律主体的地位和利益分配,使分配的结果有利于弱势一方主体,即以不平等的“差别待遇”矫正主体之间实质意义的不平等,以修复失衡的社会关系。社会法直面这种不平等,并以不平等的方式来实现“社会平等”。② 其法理基础是,因出身和天赋等原因造成的经济利益的不均等是不合理的,社会应该对此加以补偿,“差别原则”导致了倾斜对待的必要性。通过向弱者适度倾斜,使全体社会成员达到相对平等地位,③体现了对“最少受惠者”的现实关怀。社会基准法将“矫正正义”和“分配正义”的思想贯注其中,④强调对弱者的特殊保护,即通过向弱者倾斜的方式,对社会财富和资源做适度再分配,以解决弱势主体的经济负担和社会分配的实质不公正。当然,社会法“向社会弱者倾斜”是有一定限度的,即以基准法为限。比如,劳动法对劳工保护有一个最低标准,而不是矫枉过正或无限倾斜,否则会形成新的利益分配不公,造成“逆向歧视”或弱势主体对强势主体的合法掠夺或暴力。

社会基准法倾斜保护弱者的利益,是对传统法学思维进行反思和修正的必然结果。马克思认为,由于现实社会生活的严重不平等,“要避免所有这些弊病,权利就不应当是平等的,而应当是不平等的”,⑤因为“任何权利都是把同一标准应用在不同的人身上,即应用在事实上各不相同、各不相等的人身上,因而‘平等的权利’就是破坏平等,就是不公平”。⑥ 劳动基准法为什么向劳动者倾斜?(1)劳动关系含有“一般债的关系中所没有的特殊身份因素在内”,“包括身份因素的不对等人格间之‘人的关系’”,⑦双方地位具有天然强弱之分;(2)劳动力作为一种特殊商品比一般商品具有更大的弱点,如无法储存,出售后无法取回,不能在契约无效后恢复原状;(3)劳动力是劳动者维持生活的唯一来源,与生存权和社会稳定密切相关。因此,劳动合同关系绝非对等人格之间的纯债权关系,对劳动者实行倾斜保护是在立法上确认生存权优先于经济收益权。这也是社会法的基本原则之一,即通过倾斜立法将“社会的矫正思想置于自由主义的平等思想的位置上,使分配正义也在交换正义那里发挥作用”。⑧

三、社会基准法的实施机制

(一)国家的积极作为

“积极国家”是社会法发展的必然结果,同时成就了社会法特殊的执法理念和实施机制。其理论基础是,在市场机制和私法自治条件下,国家不应当是无所作为的,而是应该采取积极主动的行动,因为个人权利与社会公共利益是一致的。在实践中,积极国家最主要的表现是,运用公权力“劫富济贫”,将大量财富从就业者方向转向正在成长的一代和老的一代再分配,从高收入者向低收入者再分配,从强者向弱者再分配。

20 世纪中期以后,国家“作为以财政和福利机制为手段来进行社会收入实质性再分配的操作

---

① 星野英一:《私法中的人》,王闯译,北京:中国法制出版社 2004 年版,第 10 页。

② Leslie Stephen, “Social Equality,International”, *Journal of Ethics*, Vol. 1, No. 3 (Apr., 1891), pp. 261—288.

③ Alfred H. Lloyd, “The Duplicity of Democracy: Democratic Equality and the Principle of Relativity”, *American Journal of Sociology*, Vol. 21, No. 1 (Jul., 1915), pp. 1—14.

④ Richard A. Posner, “The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 10, No. 1 (Jan., 1981), p. 189.

⑤ 《马克思恩格斯全集》第 19 卷,北京:人民出版社 1963 年版,第 22 页。

⑥ 《列宁全集》第 29 卷,北京:人民出版社 1985 年版,第 89 页。

⑦ 黄越钦:《劳动法新论》,北京:中国政法大学出版社 2003 年版,第 6 页。

⑧ 拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,北京:法律出版社 2005 年版,第 129 页。

者,其作用愈益增长”,①特别是在为社会及其全体成员提供生活安全保障方面,发挥了不可替代的主导作用。② 因此,在一个积极国家,公民不仅有“要求公权者消极不作为的权利”,还有“要求公权者积极作为的权利”,③即通过国家积极作为,保障公民基本生存权利。反过来说,国家对于公民的基本权利不仅负有不侵犯的消极义务,而且负有帮助、促进和实现的积极义务。正如法布尔所说,当我们拥有自治和幸福时,我们拥有“消极权利”和“积极权利”。他认为,二者是相互补充的,其中积极权利是指国家为国民提供获取、保持、行使自治和追求幸福的物资,并采取措施逐步提供这些资源。④ 国家的这种责任,在德国法上被称为“保护义务”,⑤用夏勇教授的话来说,是“公共权力为满足人们对温饱的需求所担负的积极的责任”。⑥

积极国家的另一个重要表现是适度“抑强扶弱”,即通过基准立法或政策引导,向弱者适度倾斜,保护其最基本利益,以实现主体之间的实质平等。比如,雇主与雇员的合同,过去国家是不管的,现在有了劳动基准法;在过去,儿童能否上学,完全看家庭条件和意愿,现在有了义务教育法;在过去,个人和家庭是否有足够的生活来源,与国家无关,现在有社会救助和最低生活保障法;等等。这些都是“积极国家”的体现,也是国家成为法律上直接义务主体和当事人的表现形式。社会基准法实施之所以需要国家积极作为,是因为其确定的内容很难通过市场机制或“中间调节机制”解决,或者说解决效果很差,这时就需要国家公权力介入,采取积极措施,以实现矫正正义和实质平等。⑦ 另一方面,社会基准法保障的是生存权,而生存权属于社会权利,社会权利在本质上是一种积极权利,需要国家积极作为才能实现。同时,国家积极作为是化解日益频繁、日趋严重的社会风险的需要。通过公权力介入,对部分私权关系进行规范和调整,对“所有贫困的和需要帮助的社会成员提供保护”,⑧可以将社会矛盾和社会风险控制在适度范围之内,使结果不平等的社会秩序和社会体系得以维持,并使社会差异本身转化为发展的动力。

(二)赔偿与惩罚相结合

根据私法传统,对违法行为实行单纯的补偿原则,即补偿受害人所遭受的财产损失,不能小于也不能大于损失数额。比如,杀死一条牛赔一条牛,被奉为至理和圭臬。在公法中,处理违法行为以惩罚性为特征,如私藏枪支弹药、伪造国家单位公文印章,尽管没有造成损失,仍对当事人进行处罚,且处罚结果完全遵照法律规定,不能与当事人“协商”。作为第三法域的部门法,社会法既有民事责任、行政责任,也有经济责任和刑事责任,其特点是赔偿与惩罚相结合。以劳动法为例,用人单位拖欠劳动者工资,不仅要支付所欠的全部工资及利息,还要受到劳动行政部门的处罚;用人单位不给劳动者缴纳社会保险费,不仅要补缴全部费用,还要受到处罚。因此,社会法上的法律责任,既有私法上的补偿措施,也有公法上的处罚措施。从法律实践来看,德国社会法院适用一整套社会法理念和规范进行审理。比如,领取失业保险金的人私下里工作并领取报酬,将在社会法院审理后转负刑事责任;违反劳动合同在过去仅仅承担民事责任,现在还要受到行政处罚。⑨ 因此,劳动法具有典型的社会法特征,也为社会法成为

① E.J.Hobsbawm, *Nations and Nationalism Since* 1780,2nd edition, Cambridge University Press,1990,pp.182—183.

② Hedley Bull, *The State's Positive Role in World Politics* Daedalus,V.108(Fall 1979),pp.111—123.

③ 夏勇:《中国民权哲学》,第 223 页。

④ Cile Faber, *Social Right under the Constitution*, Clarendon Press,2000,pp.45—47.

⑤ 张翔:《基本权利的双重性质》,《法学研究》2005 年第 3 期,第 21—36 页。

⑥ 夏勇:《中国民权哲学》,第 210 页。

⑦ W. E. Lingelbach, “The Doctrine and Practice of Intervention in Europe”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 16 (Jul., 1900), pp. 1—32.

⑧ P.Watson, *Social Security Law of the European Communities*. Oxford:Mansell,1980,p.1.

⑨ “Review: Labor Legislation and Liberty of Contract”,*The Yale Law Journal*,Vol.15,No.8(Jun.,1906),pp.424—426.

新的法律部门提供了理论依据。

社会法之所以实行惩罚与赔偿相结合的机制,是因为它既有基准法规范,又有任意性规范,既有公法成分,也有私法成分。比如,劳动基准法作为法定标准不容雇主降低,亦不能由劳动合同或集体合同约定变更,一些学者因此认为,劳动法属于行政法一类的公法。① 事实上,这种认识是错误的,因为劳动法规定,在劳动基准之外,双方仍可按照"意思自治"原则协商,这才是劳动法的精髓。从构成要件上看,劳动基准法是私法性劳动契约的"保底"内容,对基准法的违反也是对劳动契约的违反。因此,用人单位违反劳动基准义务所承担的民事责任不仅有侵权责任,还有违约责任。

另一方面,社会法实行惩罚与赔偿相结合的机制,是为了预防不法行为的发生。与一般民事违法行为不同,社会法上个体权利受到侵害会影响其他人权利的实现程度,具有一定的社会危害性。比如,社会保险经办机构及其工作人员违法,会损害不特定多数主体的利益,本质上属于公共不法行为。社会法规定相应的处罚措施,是鼓励人们维护私权,既起到私法的救济和补偿作用,也起到公法的预防和惩罚作用。而且,劳动法调整的不仅仅是雇佣劳动关系,还包括劳动行政关系,通过对雇主设定法律义务,促使雇主严格遵守,以平衡法律关系中强弱主体的法律地位,实现矫正正义。事实上,在矫正正义的法律框架内,诸如损失补偿和因果关系等的确定,离不开以公法手段惩罚不法行为的立法考量,以保护不特定多数主体的利益,这也是第三法域部门法的主要特性。

(三)诉讼与赔偿的限制

在司法机制上,社会基准法有一个重要的特性是,其诉权并不完全,在一定范围和一定程度上受到了限制,"一方面,有关诉讼不大可能扩展到尚未纳入法律保护的领域;另一方面,即便有些权利已经纳入法律保护的领域,也不是完全可诉的"②。

首先,社会基准法保护的社会权利是有限的。社会权在本质上是一种应然或道德权利,要变成实然或法律权利,必须获得法律形式,即由国家法律予以确认。在现实中,社会基准法保护的是国民生存和生活所必需的最低限度的权利,对于这部分权利,民众享有诉权。否则,不享有诉权。比如,住房权是一种基本权利,但只有在写入法律法规之后,才是司法上可主张的权利。如果法律法规没有规定,任何人不享有诉权。

其次,社会权请求的客体是有限性的。社会法上的权利保护与大量资金投入有关。由于公共资源是稀缺和有限的,如何保护那些权利,保护到何种程度,政治决策和政策选择就不可避免。因此,传统上涉及财政预算、财政支出等都是由立法机关做出,因为立法机关被认为是通过民主选举产生的,最能代表人民的意志。如果法院直接从社会权推导出无限制的请求权或受益权,必然会对国家财政造成巨大负担。因此,对于立法和行政机关的决定,只要不是明显不合理,法院就不能认为这种决定是违法的。③ 如果法院过于侵入传统上属于立法和行政机关职权的范围,会被指责为危害民主制度和权力分立的理念。④

第三,国家对国民的责任是有限的。社会法上的国家责任包括建立社会保险制度,保障公民享受社会保险的权利;也包括国家承担必要的财政支出,实现劳动者的社会保险权利等等。⑤ 在社会救助、社会福利、社会优抚和补偿等领域,国家同样承担着相关责任。但是,国家的这些责任都是有限的,而不是无限的。比如,国民因未能享受社会保险待遇,可以到法院起诉,但是对于社会保险待遇标准不满意,不能到法院起诉;符合法定条件的国民未享受社会救助待遇,可以到法院起

① 黄越钦:《劳动法新论》,第 196—201 页。

② 余少祥:《社会法的诉讼机制:特性及其限制》,《江淮论坛》2015 年第 5 期,第 15—19 页。

③ 大须贺明:《生存权论》,林浩译,第 236 页。

④ Robert A Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J.Pub.L.279, 1957, p.285.

⑤ 史探径:《社会保障法研究》,北京:法律出版社 2000 年版,第 115 页。

诉,但对于社会救助标准不满意,不能到法院起诉。这些既是国家责任有限的体现,也是社会法诉权限制的体现。

在司法实践中,即便法院发现某些社会保障措施不妥,由于缺乏对相关问题的深入把握和替代措施,也使之难以作出妥善判决。比如,在美国农业部诉莫雷诺案中,①联邦最高法院虽然推翻了农业部取消“不相干的个人的家庭”的福利款,但并未找出解决“欺诈性”领取福利金的更好的办法,结果使这种措施继续得以适用,司法判决并未妥善解决这类争议。

不仅如此,社会法上的赔偿是一种限额赔偿,与民法有很大的不同。比如,雇员在劳动中损坏机器设备,因过失生产出残次品,不履行合同导致雇主损失等,在赔偿时有严格的条件限制,在赔偿数额上要受到劳动者工资金额的严格限制,在赔偿金用途上也只能归结为劳动者的福利而非雇主的财产权益。再如,按照民法原则,赔偿应该与实际损失对等,但是精神损失怎么计算,在私法上是无法解决的。根据社会法原则,这个问题就迎刃而解。社会法上的赔偿有一个重要原则,即根据经济社会发展水平考虑这一问题,而不是实际损失。在实践中,国内外关于反歧视的案例都是根据这个方法和原则处理的,在处理社会保险身亡事故时,也不是按照私法上的“等价”原则进行赔偿,而是实行限额赔偿,这些都体现了社会法与民法赔偿原则的不同。

The Essence, Characteristics and Implement Mechanism of the Social Standard Law

Yu Shaoxiang

(*National Institute of Social Development*, *Chinese Academy of Social Sciences*, *Beijing* 100732, *China*)

Abstract: Social benchmark law is the core mechanism of social law. It aims to appropriately restrict such traditional rights of the private law as the rights of ownership, freedom of contract and autonomy of will by the state through legal means and compulsory means of the public law, so as to legalize some rights which were previously agreed upon by various parties, and shift the rights of the weak from the private sector to the public sector to realize the legalization and standardization of this part of rights. Its main characteristic is that it does not exclude the role of the arbitrary norms of the private law, but embodies rights through obligation norms, and gives preferences moderately to the weak of the society. Its implementation needs the active act of the state. On legal responsibility, it carries out the system of combining compensation and punishment, with litigation and compensation restricted to some extent. Social standard law overcomes the limitation that the poor are weak in trading ability, and their interests are often deprived of by civil law “autonomy”, so as to save a large number of individual transaction cost and social cost of justice, change the unbalanced state of strength between the main force and the weak, and protect the most basic interests of the weak.

Key words: social standard, essence, characteristic, implement mechanism

(责任编辑　李　铄)

① United States Department of Agriculture v. Moreno, 413 US 258(1973).